VTILEM
CVRATIONIS CAVSSA
ACTIONEM

Occas. L. 3. C. Arbitr. tut.

ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS AVCTORITATE

PRO LICENTIA

SVMMOS IN IVRE OBTINENDI HONORES

DISPVTAT

QVIRINVS GOTTFRIED SCHACHER

A. M.

LIPSIAE D. XIV. APRIL. A.O.R. CIↃ IↃCC XXXV.

LITERIS IO. CHRISTIANI LANGENHEMII.

CONSPECTVS
DISSERTATIONIS.

Non reprehendendos esse legis latores, qui caeremonias in res publicas introduxerunt, praemittitur §. I.

Iudaeis aeque ac priscis Germanis non displicuisse solennia verborum ac rituum, enarratur §. II.

Romanos vero in primis harum rerum studiosissimos fuisse, asseritur §. III.

Illos peculiari ratione ad formulas actionum, in forum introducendas, adactos fuisse, perhibetur §. IV.

Iis, quas primum composuerant, formulis ad omnes controuersias expediendas explicandasque non sufficientibus, vtiles actiones inueniendas fuisse, additur §. V.

De his autem, ob plurium negotiorum inter se conuenientiam, non raro controuersias inter ICtos fuisse, exemplo vtilis curationis caussa actionis *ostenditur* §. VI.

Vtrum enim curae nomine accommodanda esset tutelae, *an vero* negotiorum gestorum actio, *disputatum fuisse inter veteres, demonstratur* §. VII.

Ideoque Thalelaeus, a Dionysio Godofredo iniuria reprehensus, defenditur §. VIII.

CONSPECTVS.

A

§. I. Moris

§. I.

MOris antiqui fuit, vt nihil temere nec publicae, nec priuatae rei, quod vel leuiſſimum haberet momentum, ſine ſolenni ritu, verbisque ad certam formam redactis, agendum eſſe, ſit exiſtimatum. Quod quidem etſi haud paucis inane, ridiculum atque ad ſimpliciorum tantum hominum ingenia accommodatum dicitur: animaduertimus tamen, plerisque fere omnibus, quorum leges ad nos peruenere, rerum publicarum conditoribus, legislatoriae prudentiae haud expertibus, inſtitutum iſtud mirum in modum arriſiſſe, vt non poſſit inde colligi, abiiciendum eſſe circumſpectum hac in parte maiorum conſilium. Sane ſi in ciuitate non, niſi optimus quisque, reperiretur, qui ſolis ſapientiae praeceptis regulisque, ad ſalutem rei publicae tuendam compoſitis, pro norma actionum ſuarum vteretur, lubenter illis aſſentiremur, qui res publicas ſine formularum apparatu et ſcrupuloſa ſolennitatum obſeruantia cum laude adminiſtrari poſſe, arbitrantur.

tur. Sed quoniam plerique illorum, quorum vita et mores legibus ciuilibus circumſcribuntur, rudes ſunt atque ita effrenati, vt praecipiti quaſi impetu ad omnem licentiam ferantur, neque facile ſibi patiantur imperari: longe aliter ſentiendum putamus, quam vt vano quodam inſtituto formularum ſolennia in ciuitates introducta eſſe credamus. Tantum enim abeſt, vt ſinguli ciues in officio contineri poſſint, qualicunque voluntatis declaratione a principe facta, vt eius leges quacunque potius occaſione oblata contemnantur, et licentius poſthabeantur, niſi ſimul a ſagaci legis latore inueniantur remedia, ad venerationem iisdem conciliandam comparata. Quae vero quanto magis cuique in oculos incurrunt, tanto facilius animum mouent, concitantque ad ius nauiter et cum cura obſeruandum. Quam quidem ad rem, vt nobis videtur, duo legis latori adiumenta dantur. Alterum poenis ſanciendis abſoluitur: alterum in eo conſiſtit, vt mentes ciuium, inuentis quibusdam lenioribus mediis, ad leges eo ſanctius ſeruandas habendasque adducantur. Horum vero quum ſint plurima, non minimum tamen omni aetate pretium ſtatutum fuit caeremoniis ac formulis, inſignem quandam ſanctitatem teſtantibus. Quippe ea eſt vulgi natura, vt in rebus eiusmodi diuini quid ineſſe credat, ac religioni ſibi ducat, in iis, quae interueniente verborum quadam conceptione, aut alio ritu, ad commouendas hominum mentes accommodato, promiſſa aut acta ſunt, fraudem admittere, fidemque frangere. Atque hoc quidem adminiculum eo certius tutiusque videtur, quo magis, rerum vſu edocti, perſpicimus, illud ſatis felici euentu in plerisque ciuitatibus ab earum conditoribus adhibitum fuiſſe. Quin etiam optime hac ratione conſuli credimus ſocietati ciuili, quod ex poenis durioribus non parum ad rem publicam incommodi redundare,

dare, exploratum est. His vero quamuis ob maximam pessimorum quorundam hominum improbitatem penitus carere neutiquam possimus, id tamen agendum esse merito, prudentiae ratio suadet, vt, si aliis remediis salutaris legis latoris finis vel apud nonnullos tantum obtineri queat, ea cupidissime arripiamus.

§. II.

Quibus vero gentibus haec in primis ratio probata fuerit, quaeque ex veterum, quorum monimenta ad nostram aetatem peruenere, historicorum mentione, repeti possint exempla, quamuis copiosius ostendere, quidque hoc loco verum sincerumque sit, latius demonstrare valerem: nolo tamen pluribus in re commorari, quam hic ea duntaxat de caussa attigi, quod ad explicationem argumenti aliqua ratione pertinere videbatur. Illud tamen dignum est, quod in medium afferatur, ipsum rerum omnium moderatorem, Hebraeorum iis temporibus legis latorem, Deum, in legibus, Mose quidem interprete, populo Iudaeorum promulgatis, multas insignesque caeremonias introduxisse. Multus est in his enarrandis *Heineccius in oratione inaugurali de iuris prudentia formularia.* Atque etiam Talmudici testantur, apud Hebraeos pactorum contractuumque vim ex formularum apicibus pependisse; quod egregie docet *Seldenus L. VI. c. 5. Iuris nat. et gentium secundum disciplinam Hebraeorum.* Neque ab eo instituto animos abalienarunt Germani veteres, maiores nostri. Possem pluribus disputare, quae a *Tacito* nobis commemorantur, de solennibus ritibus, quibus in comitiis vsi fuerunt Teutones prisci, de caeremoniis, quas in pertractandis caussis ciuilibus, tum publicis, tum priuatis adhibuerunt, deque carminibus, quibus ad futuram pugnam accenderunt animos, nisi hoc labore eo lubentius supersederem,

quo

quo lucidius ex recentioribus, quae hic saltem recensere iuuat, apparebit, quam illi studiosi caeremoniarum, formularumque fuerint appetentes. Peruulgata est eleuatio principum inaugurandorum, apud Germanos vsitata, quam ex medii aeui auctoribus excitauit, elegantique scripto inclusit *vir clarissimus Schwarzius, Altorfensis Academiae Professor.* Quanto porro cum apparatu Principum in primis Procerumque liberi quondam armis fuerint induti, nemo nescit, nisi rerum gestarum prorsus ignarus. Plurima huius quidem rei exempla extant, e quibus illa in primis memoria sunt digna, quae de Henrico IV. Imperatore *Lambertus Schaffneburgensis*, atque de liberis Friderici I. Imperatoris, Henrico et Friderico, *Otto de S. Blasio* tradunt. Quam in obseruandis solennibus publicis atque ad imperium spectantibus, adhibuerunt assiduitatem, eam non minus in priuatis negotiis testati sunt. Prouoco ad adoptiones per andelangum factas, quas docte exposuit *vir celeberrimus, Polycarpus Leyserus.* Consimili quoque ratione symbola huc pertinent, quibus in diuersis contractuum generibus vsi sunt, bonaque vel clientelari nexu, vel optimo maximo iure, possessa in alios transtulerunt. Quem fugiunt coemtiones vxorum, quas ex veterum scriptis cum cura collegit, eleganterque recensuit *vir ampliss. Nic. Hier. Gundlingius?* Imo tanto harum rerum studio abrepti fuerant maiores nostri, vt Fridericus II. Imperator, in eos singulari capitulo legum Sicularum *L. II. Tit. 17.* non potuerit non hoc nomine animaduertere. Neque opus est e longinquo arcessere huius rei testimonia, testantur hoc illae solennes verborum conceptiones, quibus hodie in Saxonia, aliisque Prouinciis, criminum capitalium rei ad vltima supplicia dantur. Quid? quod nec alienum esse ab instituto nostro videtur, meminisse de illis opificum nostrorum carminibus, quibus eiusdem col-

legii

legii homines ſeſe inuicem excipere ſolent, quoties alter alterum aliunde aduentantem offendit. Quorum quidem tantus ſaepe numero habetur rigor, vt, ſi quis vel leuiter lapſus fuerit, mulctae plerumque ſat grauis ſe reum faciat.

§. III.

Sed expoſitis, quae a re propoſita ſeiuncta fere videri poſſent, deinceps de Romanorum hac in re conſuetudinibus dicendum eſt, quod reliquas gentes tantum non omnes in ſtudio formularum, et caeremoniarum, quibus negotia, tam publice, quam priuatim expedienda peragi voluerunt, longo interuallo poſt ſe reliquerunt. Quid enim, quaeſo, eſt, quod domi bellique perfecerunt ſine inſigni quadam pompa, verborumque cum cura conquiſitorum conceptione? Quid negotii geſſerunt, quod vel ad Deorum cultum ſpectaret, vel ad adminiſtrandam rem publicam, niſi ſolennitatibus formularumque apparatu adhibitis? Quando vnquam vel viliſſimum peregerunt negotium, niſi ſolenniter? Quin etiam eos domi ad verborum et rituum religionem obſeruandam adſtrictos fuiſſe, indicio ſunt manumiſſiones, emancipationes, aliaque. In primis vero de ſolennium verborum ac caeremoniarum ſanctitate in foro ſolliciti erant; quippe quum ſine his nihil plane explicatum fuiſſe, nemo, niſi rerum Romanarum expers, ignoret. Quocunque enim in omni ſcientia legitima conuertamus animum, ſique omne ius a capite vsque ad calcem percurramus, nihil ſine rituum ſingularium obſeruantia peractum fuiſſe, oportet miremur. In ius quum vocaretur, quanta cum cura ac ſollicitudine circumſpiciebatur, ne quidquam contra priuilegia certarum perſonarum locique religionem admitteretur? Nemini non cognitae erunt atque perſpectae anteſtationes illae ſolennes, plenaeque caeremoniarum,

 quae

quae adhibendae erant, quotiescunque reus actorem, in ius vocantem, sequi nolebat. Quod si procedamus vlterius, et vel vindices, pro reo interuenientes, vel editiones actionum, imo ipsa vadimonia intueamur, vix ineundus rituum actuumque religiosorum nobis occurrit numerus. Imo omnia, quae non in iure solum, apud praetorem, sed etiam in iudicio tractabantur, abundabant sollennibus. Consimiliter quantum caeremoniae formulaeque apud illos valuerint, docent iudicia publica, in quibus ad illarum normam nominis professio, rei accusatio, testiumque interrogationes, accuratius exigebantur.

§. IIII.

De solennibus caeremoniisque, quibus quauis occasione oblata vsi sunt Quirites, satis, opinor. Nunc dicamus tantum de formulis actionum, in earumque originem ac progressionem amplius inquiramus, vt intelligatur, fuisse Romanis peculiares plane caussas, quibus ad eas figendas componendasque sunt inducti. *Ciceronem* quidem *de Orat. I. 41.* si hic sequeremur auctorem, facile sententia eius, ad decipiendum composita, induci possemus, vt credamus, formulas istas pessimo patriciorum consilio excogitatas, et in rem publicam tanquam pestiferas inuectas fuisse. Id enim rei Romanae publicae proceres tantum non omnes egisse docet, vt ea semper molirentur, quae plebem ad auctoritatem ipsorum implorandam excitarent. Quod igitur in aliis caussis tentauerint illi, idem et formularum nomine eos parasse, asseuerat vir iste ceteroquin egregius, sed hic partium studio, quo se nonnunquam regi passus est, circumuentus. Sed ea forsan erroris Tulliani caussa fuit, quum videret, inuentis his formulis, eo feliciori euentu augeri atque obtineri principum in ciuitate virorum potentiam, quo magis plebs

in

in agendis quibuscunque cauſſis cogeretur, confugere ad opem et conſilium patriciorum, qui ſoli olim iuris prudentiae praefuerunt, eamque praeſertim ob cauſſam omnibus ciuium negotiis intereſſe tenebantur. Quamuis autem lubentiſſime concedam, abuſos nonnunquam fuiſſe proceres his formulis ad opprimendam, ſibique ſubiiciendam plebem: perſuaderi tamen temere non poſſum, primum hoc fuiſſe formularum inueniendarum et componendarum argumentum. Mea potius ſententia, omnis ratio atque inſtitutio illarum ab iis temporibus, quibus ad leges XII. tabb. ſeſe componere coepit Roma, repetenda eſt, quippe quum ea tum eſſet rei Romanae conditio, vt niſi compoſitis ad normam verborum, quae ipſis tabulis continebantur, formulis, tranquillitas publica in vrbe conſeruari facile non potuerit. Eiecto enim Tarquinio Superbo, ac omni ſtirpe regia ſublata, legibusque, ad quas olim ſeſe accommodarunt, penitus obliteratis, populum Romanum per inſigne temporis interuallum incerto iure vſum eſſe, patresque cum plebe de ſanciendo nouo iure maxima quadam contentione certaſſe, omnes, qui Liuii, Dionyſii Halicarnaſſenſis, aliorumque volumina verſarunt, vel me tacente, intelligent. Sed finis tamen impoſitus fuit tandem his diſſidiis, quum placeret publice, vt, miſſis in Graeciam legatis, leges inde peterentur. Quo facto, nouoque iure a decemuiris, legum ferendarum cauſſa creatis, ad ſtatum Romanum compoſito, euenit demum, quod diu deſideratum fuit, vt, quum ius ſummis pariter atque infimis aequale exiſteret, concordia, per tot annos interrupta, ſenſim paulatimque redintegraretur. Quanto vero magis arduum fuit, ſimpliciter et candide placare tot hominum inter ſe inimicitias, tanto certe maiori ſtudio difficiliorique cura prouidendum erat, ne plebs in ſuſpicionem adduceretur, recedi

 inter-

interdum, sola magistratuum auctoritate, a legibus, quas latas, teste *Liuio*, consensus omnium non magis iussisset, quam tulisset. Quo autem salutari magis medio huic malo occurri, quidue aptius ad auertendam a patribus plebis diffidentiam, tot malorum caussam, comparari potuisset, quam struere formulas, ad amussim cum verbis legum recens conditarum conuenientes, non video. His vnusquisque, cuiuscunque esset conditionis et dignitatis, id quod sibi deberetur, vel quomodocunque ad se spectaret, in iure iudicioque, optimo facillimoque negotio persequi poterat. Sic demum persuadebatur populo, ad secessiones alias admodum parato, esse illud ius nouum peraeque omnibus vtile, atque ad aequandam omnium conditionem in primis accommodatum. Quum enim, docente *Tullio*, ius ciuile sit aequitas, constituta iis, qui eiusdem sunt ciuitatis, ad res suas obtinendas, quid quaeso diuersos illos rei publicae Romanae ordines firmius meliusque coniungere poterat, quam si vnusquisque vel vltimae fecis homo videret, eodem se, quo summi in re publica, iure vti, iisdem remediis, ex iisdem etiam legibus repetitis, id, quod legitime postularet, se consequi posse? His vero quum ex adminiculis ad omnes, qui tum ipsis tribunalibus praeerant, tum suas vel aliorum caussas agebant, aeque dimanaret vtilitas, non posthabendum esse illud veterum Romanorum institutum, duco. Ipse *Heineccius* in supra iam laudata oratione, quam profutura Romanorum rei publicae formularum fuerit introductio, pro ea, qua pollet, dexteritate elegantissime disputauit. In primis hic commemorandum est, id etiam obtinuisse Quirites accurata formularum, quibus actiones inclusere, obseruantia, vt non solum magistratui atque iudicibus, sed etiam ipsis partibus litigantibus, de mente sua aperte liquideque constaret, quum contraria ex parte nostris

tem-

temporibus, vbi ad certa et concepta verba, ea, qua olim, cura haud adſtricti ſumus, per inſcitiam cauſſae patronorum ſaepe vſu venire ſoleat, vt, quid actor petat, quid reus opponat, nec ipſi intelligant, nec iudex vel per diuinationem aſſequi poſſit.

§. V.

Ab initio enim Romanorum voluntatem fuiſſe, vt formulis ad verba legum XII. tabularum accommodatis, contenti, nihil noui molirentur, ſed ab iis potius, ſemel excogitatis, ne vnguem quidem latum diſcederent, nemini dubium videri poterit. Optimo hoc conſilio eam vtebantur ob rationem, vt populus intelligeret vniuerſus, eſſe illas tabulas fontem vniuerſi iuris, publici priuatique, inde regulam et normam viuendi petendam eſſe, inde etiam omnium cauſſarum ciuilium, quae vel magiſtratum inter et ciues, vel inter hos inuicem intercederent, deciſionem eſſe deſumendam. Quod quanta cum cura et ſollicitudine tenuerint, ſubtiles, quibus operam nauabant, interpretationes ſatis loquuntur. Quum enim in decemuirorum legibus nihil de adoptione, nihil de modo teſtamentorum conficiendorum, nihil de emancipatione, nihil de legitima patronorum ſucceſſione, parentumquê tutela diſpoſitum reperiretur, tam ſedulo tamen his legibus eruendis ſtuduerunt, vt ex verbis ipſarum deciſionem iuris nanciſcerentur. Quod ad actionum formulas, non ſecus factum eſt. Nam quamuis harum tot ex legibus eſſent compoſitae, vt mole ſua iam laborare inciperent, neutiquam tamen erant ſat multae, vt extricandis tot diuerſi generis controuerſiis ciuilibus, ſubſecutis temporibus, ſufficere viderentur. Ea enim eſt mortalium vel prudentiſſimorum imbecillitas, vt non ſemper proſpiciant ab initio, quae in poſterum ſunt

euentura. Hinc nec mirum videri poterit, has formulas ita comparatas non fuisse, vt omnia negotia, quae modo peragenda essent, complecterentur. Quoquo autem modo sese res habet, quod igitur capiendum erat auxilium? Nouas leges, quauis oblata occasione, sancire, publice profiteri, mancas esse atque imperfectas illas leges, a tot viris prudentibus conquisitas, vniuersoque populo probatas, augeri quotidie leges, quas sensim paulatimque in iusto maiorem cumulum excreturas esse augurabantur, e re fore non videbatur. Quapropter non parui facienda est laude digna eorum, qui iuris scientiae apud Romanos praefuerunt, industria, qua in rerum caussas, verborum origines, vsum ac proprietatem sedulo inquisiuerunt, atque legum in primis rationes accurate indagarunt. Eo enim id impetrarunt, vt, si forsan verba sententia essent angustiora, atque stricto iure actio defutura videretur, extensiuae interpretationis occasionem consequerentur. Inde petenda est actionum vtilium origo, quae ciuibus in foro litigantibus ex aequitatis ratione, sicubi legitima atque ordinaria actio deficeret, suppeditabantur. Eo enim nomine vtiles dictae videntur, quum publice vtile esset, vt actio ad casus similes, ad quos eadem aequitas pertinebat, dirigeretur atque accommodaretur. Nam solenne veteribus vsitatumque erat, vtilitatem et aequitatem pro iisdem accipere, iurique stricto opponere. Quod quo lucidius appareat, delegamus lectorem ad *l. 1. D. de in integr. restit.* in primis vero ad *l. 20. §. 2. D. de S. P. V.* vbi ita loquitur *Paulus: vtilitas exigit, vt idem intelligatur. Nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est.* Neque tamen solis XII. tabb. legibus, formulisque inde compositis per benigniorem interpretationem subueniendum fuit. Eadem enim fuit ratio legum, post decemuirorum tempora

latarum. Nam etſi enixius iuris noui conditores laborarent, vt id, quantum fieri poſſet, omnes caſus euenturos complecteretur: nemo tamen ſibi perſuaſerit, illud adeo perfectum, numerisque omnibus abſolutum fuiſſe, vt nihil in ciuitate accidere potuerit, verbis legum non comprehenſum. Quod quidem tanto facilius vſu venire poterat, quo ſtrictius in formulis concipiendis verbis legum inhaerendum erat. Ne vero quis, rebus ita comparatis, iuris remedio deſtitui videretur, ICtorum interpretatione, aequitatis ratione ſubnixa, id efficiebatur, vt, quum directa actio non competeret, vtilis applicaretur. Obſeruauit ideo *Cuiacius ad l. 11. D. de P.V.* hanc cauſſam fuiſſe *Theophilo*, quare titulo *de fideicom. heredit.* actiones vtiles πλαγιαστικὰς, *inflexas*, dixerit. Idem voluiſſe videtur Baſilicorum interpres Graecus de vtilibus actionibus: καὶ λέγεται, inquiens, ὠτιλία, ἤτοι ἡ μὴ κυρίως, ἤτοι ἡ μὴ ὀρθῶς ἁρμόζει, ἀλλά τινα ἐπιείκειαν ἔχει. Quod ſic latine redditur apud *Fabrottum T. II. p. 326. et dicitur vtilis, quae non proprie, neque directo competit, ſed quandam aequitatem habet.* Quum vero admodum moderate verſarentur ICti in explicandis legibus,et accommodandis actionibus, ne fines ſuos excedere, et legislatoriam poteſtatem ſibi arrogare viderentur, acceſſerunt tandem praetores, qui poteſtate ſtatuendi paulo liberius vſi, de iure conſtituto per edicta ſua multa per ſpeciem aequitatis immutarunt, atque in primis actiones quam plurimas extraordinarias introduxerunt, eo ſpectat, quod in *l. 11. D. de P. V.* ex Pomponio habetur.

§. VI.

Neque ſpernendum eſt ICtorum et praetorum egregium, quod ſuſcipiebant, ſtudium. Agebant, quod iis temporibus maxime erat neceſſarium, et perficiebant, quod ali-

quan-

quando rei publicae insigniter profuturum credebant. Praetores enim adiuuandi, supplendi, corrigendique iuris ciuilis gratia constitutos fuisse *l.* 7. §. *1. D. de I. et I.* docemur. Verum enim vero quamuis enixius elaborarint illi, vt ius certum contexerent, et, quaenam singulis negotiis actiones applicandae essent, definirent, a me tamen facile impetrare non possum, vt credam, illorum opera litibus omnibus impositum fuisse finem. Certum potius exploratumque habemus, omni licet adhibita diligentia, impediri non potuisse, quo minus sequiori aeuo iuris peritorum disputationibus amplissima relinqueretur occasio. De quo eo minus dubium videri poterit, quum ne Imperatorum quidem auctoritate, quorum tamen potestas in figendis legibus dirimendisque partium litibus largissima, neque vllis circumscripta limitibus erat, omnes dissensiones et acriores ICtorum inter se contentiones sedarentur. Vt alia enim taceam, maxima praesertim assiduitate ab iis in vtramque partem disputabatur, de natura negotiorum, quibus vtiles actiones essent accommodandae. Quod quidem fiebat inprimis, quum dubii ancipitesque haererent, ad quodnam illorum, quae expressis legum verbis circumscripta erant, casus dubius propius accederet. Plurima quidem huius rei exempla essent in promtu, nisi consultius duceremus, finem facere iis, quae praemittenda putauimus. Iuuat igitur hoc loco saltem nominare *actionem curationis caussa competentem.* De hac enim quum dubium olim fuerit, vtrum sit *tutelae vtilis*, an vero *vtilis negotiorum gestorum*, facturi videmur operae pretium, si, quid hoc loco selectum, notatuque dignum sit, ampliori disquisitione persequamur.

§. VII.

Caussam vero huic nostro labori dedit *l. 3. C. arbitr.*

tut.

tut. cuius auctor est *Antoninus Caracalla;* quod ex inscriptione legis, sicubi eam cum subscriptione comparaueris, liquido apparet. Haec vero Caesaris sententia est: *Si curator post decretum praesidis sublata pecunia, quae ad comparationem possessionis fuerat deposita, sibi praedium comparauit, elige, vtrum malis, in emtione negotium eum tibi gessisse, an quia in vsus suos pecuniae conuersae sunt, legitimas vsuras ab eo accipere: secundum quae iudex tutelae iudicio redditus, partem religionis implebit.* Facti species, quae lege hac continetur, ea est: habuerat Vitalius quidam curatorem, qui pro pecunia, praediis minoris nomine comparandis dicata, sibi ipsi possessiones acquisiuerat. Qua ex caussa quaesitum est, ad quidnam minori potissimum teneretur, si congrua actione conueniendus esset. Placuit vero Imperatori, actoris relinquere arbitrio, an per actionem tutelae, qua, quum non sit stricti iuris, ea omnia, quae ex bona fide debentur, persequi possumus, vel ipsa praedia petere velit, quasi negotio sibi gesto, vel vsuras centesimas exigere malit. Ait igitur *Antoninus*, dari contra curatorem actionem tutelae, quum tamen *Diocletianus* et *Maximianus AA.* in *l. 17. C. de N. G.* negotiorum gestorum formulam minori curatorem conuenturo accommodent. Horum sententiae accedunt ICti omnes, quorum fragmenta in Digestis ad nostram manserunt memoriam. Ex *l.* tamen *1. §. 7. D. de eo qui pro tut.* colligere licet non incerto argumento, intercessisse olim litem inter legitimae scientiae peritos, vtrum curationis nomine, tutelae, an vero negotiorum gestorum actio esset danda. Ita vero se habent legis illius verba: *Si curator impuberi a praetore datus, negotia gesserit: an, quasi pro tutore gesserit, teneatur, quaeritur. Et est verius, cessare hanc actionem, quia officio curatoris functus est. Si quis*

C *tamen,*

tamen, cum tutor non esset, compulsus a praetore, vel a praeside, dum se putat tutorem, gesserit tutelam: videndum est, an pro tutore teneatur, et magis est, *vt, quamuis compulsus gesserit, teneri tamen debeat, qui animo tutoris gessit, cum tutor non esset. At iste curator, non quasi tutor, sed quasi curator, gessit.* Apparet autem, si nauiter in huius legis sententiam inquiramus, diuersas fuisse ICtorum de actione, curae nomine competente, quondam opiniones. Intelligimus illud ex voce *quaeritur*, quam interpretes legum toties fere adhibuerunt, quoties applicatio iuris dubia ipsis obuenit. Exemplo sit *l. 21. D. de H. vel A. V.* vbi *Paulus L. XVI. Quaest.* sic loquitur: *venditor ex hereditate, interposita stipulatione, rem hereditariam persecutus, alii vendidit.* Quaeritur, *quid ex stipulatu praestare debeat.* Consimili ratione notetur illud *Pomponii* in *l. 16. §. 2. D. de euict. Si seruus*, inquit, *cuius nomine duplam stipulati sumus, euictus fuerit a nobis, ob id, quod fugitiuus aut sanus non fuerit, an agere nihilominus possimus,* quaeritur *etc.* Locupletissimus autem huius rei testis esse poterit Vlpianus, ad quem fragmentum supra adductum pertinebat. Hunc enim in modum casum iuris ancipitem proponit *L. XX. ad Sabinum*, cuius fragmentum est in *l. 12. D. pr. de instr. vel instrum. leg.* Quaesitum est, *an frumentum, quod cibariis cultorum paratum foret, instrumento cederet? et* plurimis non placet, *quia consumeretur. Quippe instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio. Accedit eo, quod cibaria victus magis, quam colendi caussa pararentur.* Sed ego puto *etc.* Idem fere voluisse videntur ICti hac formula: *sed verius est,* quae non poterit alia temere ratione rite adhiberi,

hiberi, nisi mentem nostram aliorum forsan opinioni opponere velimus. Quod etiam agnouit *Cuiac. oper. posth. T. V. p. 617.* Laude enim digna fuit modestia veterum ICtorum, qua noluerunt durioribus verbis vti, quotiescunque ab aliorum sententia recedendum foret; quod multis exemplis demonstrat *Gerard. Noodt, Oper. T. I. et II.* passim. Officio vero nostro nos functuros esse, credimus, si, *Vlpiano* etiam alibi hunc loquendi modum solennem fuisse, doceamus. In primis vero argumento esse poterit *l. 31. D. de euict.* vbi suam ab aliorum opinione discrepantiam testaturus, ita modestiae caussa pronuntiat: *Si ita quis stipulanti spondeat, sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse, et cetera: inutilis stipulatio quibusdam videtur: quia, si quis est in hac caussa, impossibile est, quod promittitur: si non est, frustra est: Sed ego puto verius, hanc stipulationem vtilem esse.* Eadem, qua ille, humanitate fuit *Alfenus L. II. D. a Paulo epitomatorum* in *l. 60. D. de leg. 3.* Atque in hanc societatem venit etiam *Papinianus*, eadem animi aequitate aliorum sententiam relinquens. Ita loquitur *l. 11. §. 6. D. ad l. Falc. Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem onerauerit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel vnus pupilli substitutus. Et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum, et vltra vires portionis conueniendum alterum substitutum: Sed verior est diuersa sententia etc.* At eo reuertamur, vnde nos facta humaniorum ICtorum mentio paulisper abduxit.

§. VIII.

Discrepantibus vero de actione, curae nomine competente, opinionibus, non fuisse caussam, opinor, *Dionysio*

Godofredo, qua re *Thalelaeo* sese opponeret, eiusque sententiam veterum scriptis, maxime *l. 1. §. 7. D. de eo qui pro tut.* quae ex Vlpiani *L. XXXVI.* ad edictum repetita est, confutari, ad *l. 3. C. arbitr. tut.* annotaret. Animaduerterat Basilicorum iste interpres ad *D. l. 3. C. arb. tut.* licet interpolatam, vt infra demonstrabimus, fuisse forsan veterum quosdam, qui contra pupilli curatorem actionem tutelae competere statuerint. Verba eius haec sunt: Ἔδει εἰπεῖν νεγοτιόρουμ γεστόρουμ, ἀλλ᾽ ἐπεὶ ὅλως ἀνηβος ἦν ὁ κουρατωρευόμενος, διὰ τοῦτο κατεχρήσατο τῷ τῆς ἀγωγῆς ὀνόματι. Εἰ μὴ ὅτι καὶ ἦν γνώμη νομικῶν λέγουσα, τὸν τοῦ ἀνήβου κουράτωρα τῇ τουτέλαε κατέχεσθαι, ἥτις νῦν οὐδαμῶς εἴρηται. Quod latine sic redditur: *Debuit dicere negotiorum gestorum. Sed quia impubes est is, cuius cura gesta est, ideo abutitur nomine actionis, quae fuit sententia iuris peritorum, quae diceret, curatorem pupilli tutelae teneri, quae nunc non obtinet.* Quam parum vero ob haec allata censuram mereatur *Thalelaeus*, ea, quae ad *l. 1. §. 7. D. de eo, qui pro tut.* monuimus, luculenter euincunt.

§. VIIII.

Quum igitur de administratae curae actione, impuberi competente, inter se inuicem disceptauerint iuris periti, quid, quaeso, mirum est, in controuersiam etiam adductam fuisse actionem, iis, qui iam in suam peruenerunt tutelam, contra curatores accommodandam. Atque huius quidem controuersiae vestigium non extat tantum in *l. 3. C. arbitr. tut.* sed etiam nostris temporibus non desunt, qui contrariis sententiis a se inuicem recedunt. Magis igitur intueamur caussas, quae tum veteres in diuersa traxerint, tum recentiores in isto dissensu retinuerint. Quod dum facimus, non possumus non recurrere ad nuntiam

vetu-

vetustatis, historiam, quidue a decemuiris ac vniuerso populo de tutela curaue dispositum fuerit, contemplari. Siue autem ipsa veterum scripta euoluamus, siue illorum consulamus commentarios, qui fontes rimati atque restituere conati sunt: tutelae quidem, tam testamentariae, quam legitimae, itemque potestatis in furiosos mentionem factam esse, intelligimus, sed inuenimus nullibi, constitutum fuisse, vt minoribus 25. annis, posteaquam semel in suam peruenissent tutelam, curatores darentur. Obseruauit autem iam dudum *Theodorus Marcilius in interpretam. legum XII. tabularum c. 28.* legislationem Romanam nullum fecisse discrimen inter tutelam impuberum et curam minorum, in eoque proxime ventum esse ad mores Atheniensium, qui per ἐπιτροπὴν seu ἐπιτροπίαν, potestatem in minores, et impuberes et puberes, intellexerint. Quae quidem docti viri sententia tanto magis fidem meretur, quod decemuirorum aetate, ac iure Attico, alii ocyus, alii serius, in suam tutelam peruenerunt. Notum enim est, pubertatem eo tempore non ex annorum numero, sed ex habitu ac inspectione corporis, aestimatam fuisse. Quod quamuis a *Raeuardo* in dubium vocetur, sat firmis tamen argumentis probatur a *Bynckershoeckio Obs. L. III. c. 24.* et a *Gundlingio in Diss. de pubertatis probatione apud Romanos.* Atque etiam veteres, opinor, tutelae terminum aeque ac testamenti factionem ex pubertate plane non iudicarunt, quippe quum de hac tunc saltem quaestio fuerit, quando nuptiae contrahebantur, aut cognoscendum erat de facultate generandi, de stupro atque adulterio. Quid enim vis generandi virique potentia ad administrationem bonorum, aut vltimae voluntatis declarationem, adiuuet, non video. Hoc etiam *Diocletianus* et *Maximianus l. 4. C. qui testam. fac. poss.* fatentur his verbis: *Si frater patruelis tuus ante decimum*

quartum aetatis suae annum decessit, cum facere non potuit testamentum, nihil recte ex eius postremo iudicio postulatur: Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, *suum solenniter ordinauit iudicium, hoc euellere frustra conaris.* Quod in caussa est, cur veteres illud in suam tutelam venire, itemque tutelam recipere, dixerint, quod recentiores, tutelam pubertate finiri, pronuntiant. Ita enim *Cicero de inuent. L. II. c. 42.* formulam substitutionis pupillaris effert: *Si filius ante moritur, quam in tutelam suam venerit, tu mihi secundus heres esto. Caius* vero *L. II. T. 4. §. 2. Institut.* his conceptam verbis sistit: *ille filius si intra pubertatem decesserit, illum ei substituo.* Postea enim quam et contrahendarum nuptiarum facultas, et testandi potestas, et finis tutelae ad vnum idemque tempus adstringebantur, accidit, vt pubertas harum rerum singularum caussa poneretur.

§. X.

Quum igitur in XII. tabularum legibus terminus finiendae tutelae definitus non fuerit, existimo, si coniecturae datur locus, olim in patrum potestate positum fuisse, quo quidem tempore pupillos vi ac potestate tutorum solutos vellent. Non contraria huic opinioni verba decemuirorum videntur: *paterfamilias vti legassit super pecunia tutelaue suae rei, ita ius esto,* quippe quum latissima sint, patrisque ius nullis plane limitibus circumscribant. Neque alienus est a nobis *Papinianus l. 6. D. de confirm. tut.* qui: *si filio,* inquit, *puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit, citra inquisitionem praetor eos confirmare debebit.* Quibus verbis docet, attendendum fuisse etiam iis iam temporibus, quibus tutela a cura distincta, et vtraque

certis

certis temporis terminis inclusa fuit; ad patris iudicium, si-cubi forte impuberi curatorem aut puberi tutorem dedisset. An enim admittenda sit emendatio *Cl. Noodtii*, in fine *tit. de confirm. tut.* translocationem verborum factam, ideoque hunc locum ita restituendum esse, monentis, *si filio puberi pater curatorem dederit, aut impuberi tutorem*, aliis relinquimus iudicandum. Quid quod notissimum est, quantum etiam recentioribus temporibus patrum voluntati detur, qui semper liberos suos optime nosse, illisque in primis bene consulere, existimantur. Corroborat sententiam nostram, quod docuit *Schilter. in fin. Exerc. III. coroll. 4.* et ante illum *Merillius Obs. L. V. c. 16.* In primis vero huc spectant *l. 49. D. de leg. 1. l. 101. §. 2. D. de cond. et demonstrat. l. 34. §. 2. D. de leg. 3.* ab eo in medium adductae. Ex quibus apparet, nonnunquam ad decimum quartum, interdum ad decimum sextum, aliquando etiam ad decimum octauum aetatis annum, tempus finiendae tutelae fuisse prorogatum. Atque ad hoc ius se retulisse videtur *Paulus in epistola ad Galatas c. 4. comm. 1. 2.* ita scribens: *λέγω δὲ, ἐφ᾽ ὅσον χρόνον ὁ κληρονόμος νήπιός ἐστιν, οὐδὲν διαφέρει δούλου, κύριος πάντων ὤν· ἀλλὰ ὑπὸ ἐπιτρόπους ἐστὶ, καὶ οἰκονόμους ἄχρι τῆς προθεσμίας τοῦ πατρός.* Quoniam vero non raro accidebat, vt, patre sine vltimae voluntatis declaratione decedente, tutela ad agnatos spectaret, aut, his deficientibus, tutor a magistratu daretur, non ab re fore putarunt ICti, certum tutelae finiendae tempus designare. Quo facto euenit, vt etiam patrum potestas, quod ad facultatem libere disponendi attinet, cum de aliis rebus, tum de tutela liberorum, certis circumscriberetur limitibus. Quae *Pomponii* sententia est in *l. 120. D. de V. S.* Sic enim inquit: *verbis legis XII. tabularum his, vti legassit suae rei, ita ius esto, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata, et li-*

berta-

bertates dandi, tutelas quoque constituendi, sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate iura constituentium. Simul vero ac *Antonini* Imperatoris constitutione omnes minores viginti quinque annis curatores accipere obligarentur, adhuc magis coarctabatur libera illa potestas, nulla dispensandi licentia neque parentibus, neque magistratibus relicta. Hanc tamen constitutionem patrum nomine mitius esse interpretandam, non prorsus negamus, vt supra iam mentem exposuimus.

§. XI.

Quae omnia si paulo attentius perpendamus, ignotam fuisse antiquissimis legum conditoribus curam, perspiciemus. Atque etiam illam huius vocis notionem non facile inuenies apud veteres. Quamuis enim certissimum sit, atque ex *Tullio*, aliisque bonae notae auctoribus, luculenter demonstrari possit, in XII. tabulis furiosis prospectum fuisse, vt, quum vitae suae modum habere, rebusque suis superesse nequeant, aliorum arbitrio regerentur: hos tamen custodes non fuisse appellatos curatores, ex ipsa verborum inspectione apparet. Ita enim sanciuerunt decemuiri: *si furiosus existat, ast ei custos nec escit, agnatorum in eo pecuniaque eius potestas esto.* Adeoque ne hic quidem illi, qui fixerunt legem, insolitum curae curatorisque nomen adhibuerunt. Atque a vero nos non aberraturos existimamus, si tutorum appellationem ab antiquo etiam iis, quibus dementium custodia demandabatur, accommodatam esse, asseueremus. Iuuat hanc coniecturam *Flacci* locus in Sat. III. L. II. v. 217. seq.

> - - *interdicto huic omne adimat ius*
> *Praetor, et ad sanos redeat tutela propinquos.*

Eos

Eos vero, qui metri caussa vsum esse tutelae nomine poetam, nobis obiiciunt, delegamus ad *A. Victoris de viris illustr. c. 74.* vbi L. Lucullum Marci fratris tutelae traditum fuisse, scribit, postquam furore fuerit abreptus. Sunt enim haec *Victoris* verba: *postquam alienata mente desipere coepisset, tutela eius M. Lucullo fratri permissa est.* Et ne quis, nimia forte religione, vel proximis a Iustiniano temporibus, obseruatam fuisse tantum a iuris peritis, et iis, qui leges scripserunt, tutoris curatorisue differentiam, sibi persuadeat: proponendum quoque ducimus *Anastasii*, Imperatoris, edictum, quod extat *l. 5. C. de curat. fur.* his verbis conceptum: *ne lucrum quidem antea indebitae successionis emancipato vel emancipatis deputasse, nihil vero de oneribus* tutelae *prospexisse videamur: curatores nihilominus eos pro XII. tabularum lege furiosis fratribus et sororibus vtpote legitimos existere, hac legis sanctione decernimus.* Apparet igitur, hoc loco tutelam quasi genus constitui tutelae legitimae, in specie sic dictae, et furiosorum curationis, ad agnatos itidem vi legum decemuiralium spectantis. Insuper exploratissimum esse constat, ante legem Laetoriam latam nullius potestati subiectos fuisse adolescentes, tutela semel recepta. Illa vero lege postea constitutum fuisse, vt adolescentibus, certis caussis coram magistratu interfertis, darentur tales, qui bona ipsorum administrarent, mox etiam vlterius progressum esse praetorem, atque obtulisse adolescentibus curatores, nullis prorsus caussis allegatis, recenset *Vir Celeb. Heineccius in Antiq. Rom. L. I. T. 23.* Atque post haec forsan tempora factum est, vt opera ICtorum nomen inueniretur, quo rem recens inuentam sigillatim designare possent. Id illi enim egerunt in primis, vt, ne eadem nomina, diuersis rebus imposita, confundendis iuribus ansam praeberent, species cognatas,

aliqua tamen ratione diuerſas, diſtinctis nominibus inſignirent; vt auctor eſt *Iuſtinianus*, Imperator *§. 5. I. quib. mod. teſtam. infirm.* Atque ſic curatorum nomine, ſemel conſtituto, comprehendebantur omnes illi, qui puberibus cuiuscunque generis ex quacunque cauſſa dabantur. Sane hanc denominationem in furioſorum etiam cuſtodes traductam, confirmat in *Epiſtola 1. L. I. v. 101. Horatius:*

Inſanire putas ſolennia me, neque rides,
Nec medici, credis, nec curatoris egere
A praetore dati, rerum tutela mearum
Cum ſis. - -

Fortaſſe tamen et *Plauti* aetate iam ſingulari appellatione inſigniuerunt eos, qui ex Laetoria lege minorum rebus iuſſu magiſtratus praefuerunt. Quod coniici poterit ex eius *Trinum. A. IV. 3. 10;*

Sed ego ſum inſipientior, qui rebus curem publicis
Potius, quam id, quod proximum eſt, meo tergo tutelam geram.

Sed hoc tamen in medio relinquo, licet rationes temporum, quibus legem tulit Laetorius, et Plautus vixit, non repugnare videantur, per ea, quae attulit *Heineccius in Antiq. Rom. L. I. T. 23.*

§. XII.

Quum igitur ex iis, quae hactenus tractauimus, conſequens ſit, ignotam fuiſſe penitus decemuiris curationem eorum, qui iam in ſuam peruenerunt tutelam: non videri poterit mirum, ſi cura, ſequiori demum aeuo introducta, neque actionis formula de ea, quantum quidem coniicere licet, promulgata, lis poſtea exorta fuerit inter legum interpretes, quaenam ex iis, quae iam antea propoſitae erant, minori contra curatorem, et mutata vice, accommodanda eſſet actio. Nimirum pertinet huc in primis, quod ſupra

nota-

notauimus, auctis ciuium negotiis, quae formulis ad ea expedienda accommodatis destituerentur, opus fuisse aliis actionibus, ab instituto caussae, quae formula carebat, non abhorrentibus. Sed huius rei decisionem arduam fecit negotiorum plurium inter se conuenientia. Sunt enim actiones vtiles illae, quae,nulla lege constitutae,a ICtis per consequentiam ab aliis negotiis ad similes casus referuntur. Quum igitur duae hic actiones sese ICtis offerrent, quarum vtraque ex negotio, a cura non valde dissimili, originem petebat, tutelae nempe, et negotiorum gestorum: scrupulus iniectus est legum interpretibus, vtrum, quae ipsis semper fuit subtilitas, tutelae, an vero negotiorum potius gestioni, accensere praestaret curationem. Ex hoc enim solo similitudinis aut discrepantiae argumento lis erat definienda.

§. XIII.

Tutelam vero dum contemplamur, primum perspicimus, eam in muneribus publicis habitam, atque adeo ab omnibus, vel inuitis, suscipiendam fuisse, nisi legitima excusatio obesset *l. 18. §. 1. D. de mun. et hon.* et *pr. I. de excus. tut. vel cur.* Curam vero eodem iure censeri, iisdem legibus docemur. Quocirca nescio, quid sibi *Vlrici Huberi* velit sententia *L. III. c. 11. digress.* vbi asserit, curam ante *M. Antonini* tempora publicis muneribus non annumerasse, nec quenquam ad eam obeundam, si a furiosi et prodigi cura discedatur, cogere potuisse Quirites. Si enim verum est, de quo supra iniecimus mentionem, omnibus petentibus ex certis caussis, postea etiam nulla adducta ratione, dandos fuisse curatores: dubitari profecto non potest, a magistratibus, quibus ius dandi tutores curatoresue fuit, nolentes inuitosque compulsos fuisse, vt curarent bona

na eorum, quibus ea tuto et ſine metu dilapidationis relinqui non poterant. De eo ſane non videtur diſceptandum, quod etiam ante *M. Antonini* aetatem cognouerint Romani, intereſſe rei publicae, ne bona a minoribus diſſipentur. Sed adiungenda eſt alia ratio, qua inter ſe inuicem conuenerunt tutores curatoresue. Vtrique enim a magiſtratu, vbi domicilium habebat pupillus, aut vbi patrimonium eius ſitum erat, vel etiam in foro paternae originis conſtituendi erant; quod ex *tit. C. vbi pet. tut. vel curat.* intelligitur. Porro et tutore et curatore opus eſt illis, qui negotiis ſuis ipſi praeeſſe non poſſunt. *pr. I. de tut. §. 1. I. de curat.* Vterque poſt delatam ſibi tutelam curamue, quo accuratior rerum adminiſtrandarum ratio habeatur, ad inuentarium conficiendum obſtringitur. *l. 13. §. 1. C. arbitr. tut.* Vterque ſatisdare tenetur *pr. I. de ſatisd. tut. vel cur. l. 4. §. 8. D. rem pup. vel adol. ſalu. fore.* Vterque inſuper adminiſtrationem rerum pupilli vel adulti in ſe ſuſcipit, easque, quae ſeruando ſeruari non poſſunt, aut ſuperuacaneae vel damnoſae videntur, alienat, pecuniam ex iis redactam vel praediis comparandis adhibet, vel etiam, ſi pecunia non ſufficiat, aut occaſio deſit, foenori locat *l. 24. C. de adm. tut. vel cur.* Quod ſi non faciant, vterque ſuo periculo ceſſat, et poteſt, tanquam ſuſpectus remoueri *l. 4. §. 4. D. de ſuſp. tut. vel cur.* et *l. 2. 3. C. eod.* Tutor pupilli nomine agit, et, quantum ad prouidentiam pupillarem, domini loco habetur, ideoque non cauet, pupillum rem ratam habiturum; quod idem in curatoribus obtinere iudicat *Iulianus l. 23. D. de adm. et peric. tut. et cur.* Neque, quod ad iudicium excipiendum ſpectat, a ſe inuicem diſcrepant tutores curatoresue, quum vterque pupilli ac minoris in foro ſuſtineat perſonam, eamque defendat *l. 1. §. 2. 3. 4. D. eod.* Quare pupillus etiam aeque ac minor ex facto

tutoris

tutoris et curatoris obligatur, et conueniri poteſt, tum aliis actionibus, tum in primis actione iudicati; vt ex titulis *D. de adminiſtrat. et peric. tut. vel curat.* itemque *quando ex facto tut. vel curat. pup. vel min. etc.* tuto colligitur. Atque etiam, quantum inter illos ſimilitudinis intercesſerit, intelligitur ex eo, quod ambo de adminiſtrata tutela curaue ad rationes reddendas, et reſiduum reſtituendum, imo ad dolum, latam ac leuem culpam praeſtandam, fuerint obligati *l. 33. pr. D. de adm. et peric. tut.* et *l. 2. C. arbitr. tut.*

§. XIIII.

Cuius ſi aequitatis et paritatis habeamus rationem, commodum vtique videri posſet, eandem, quae tutelae nomine inſtitui ſolet, actionem curationis cauſſa accommodare. Quum vero, poſthabitis omnibus his ſimilitudinis rationibus, tutelae actio ea non ſit viſa veteribus, quam ad curae negotium applicarent: intueamur, oportet, etiam differentias, quibus a ſe inuicem tutela ac cura diſtinguuntur. Primum igitur animaduertamus, impuberi dari tutorem, curatorem vero illi, qui iam in ſuam peruenit tutelam, ſed per aetatem, vel corporis animique labem, rebus ſuis ſupereſſe non poteſt, eoque alieno auxilio indigere videtur. Quam quidem diſcrepantiam tanti momenti eſſe iudicarunt iuris interpretes, vt actionem tutelae a curatione furioſorum alieniſſimam eſſe exiſtimarent. Teſtem cito Paulum, in *l. 4. §. 3. D. de tut. et rat. diſtr.* ita diſſerentem: *Cum furioſi curatore non* **tutelae, ſed negotiorum geſtorum** *actio eſt, quae competit etiam, dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione,* **dum impubes eſt is, cuius tutela geritur,** *conſtitutum eſt.* Deinceps tutor datur perſonae, in quam pollet vi ac poteſtate quadam, ſed cura-

 tori

tori res tantum, teste *Gordiano l. 8. C. de nupt.* administrandae relinquuntur. Haec caussa est, cur minor, quamuis sub curatore constitutus, plenissima in iis, quae ad solam ipsius personam pertinent, libertate fruatur *l. 20. D. de R.N.* Hoc ductus argumento *Callistratus, ICtus, L. III. edicti monitorii*, actionem tutelae contra tutorem, posthumo in testamento datum, competere, negauit his verbis, quae *l. 29. D. de N.G.* continentur: *quum pater testamento posthumo tutorem dederit, isque tutelam interim administrauerit, nec posthumus natus fuerit, cum eo non tutelae, sed negotiorum gestorum erit agendum, quod si natus fuerit, tutelae erit actio, et in eam vtrumque tempus veniet, et quo, antequam nasceretur infans, gessit, et quo, posteaquam natus sit.* Quum enim non extet hoc casu persona, cui soli tutor datur, is, qui bona posthumi, qui nunquam lucem adspexit, adhuc administrauit, tutor non habetur, nec tutelae actione conueniri potest. Neque a re alienum erit, hoc loco obseruare, ex his ipsis fontibus profectam esse decidendi rationem, quum quaereretur, quae actio applicanda esset contra eum, qui negotia puberis, tanquam impuberis, quasi tutor procurauit. Sic enim *Vlpianus l. 1. §. 6. D. de eo qui pro tut.* statuit: *Si quis quasi tutor negotia gesserit eius, qui iam pubes est, neque tutorem habere potest, pro tutelae actio cessat. Simili modo, et, si eius, qui nondum natus est. Nam vt pro tutore quis gerat, eam esse personam oportet, cuius aetas recipiat tutorem, i. e. impuberem esse oportet, sed erit negotiorum gestorum actio.* Ex quibus quidem satis, opinor, apparet, quam arctis et angustis limitibus tutoris appellationem notionemque circumscripserint veteres ICti. Nec mirum ideo videri

potest,

potest, existimasse plerosque, aliam potius, quam tutelae actionem, curationis caussa adhibendam esse.

§. XV.

Sed, excepta tutelae formula, nulla curae melius conuenire videtur, quam mandati et negotiorum gestorum, quippe quum huius vtriusque fundamentum in administratione rerum, ad tertium quendam spectantium, positum esse, deprehendamus. Et certe videri posset, non abhorrere a curatoris natura conditionem procuratoris; praesertim quum in consilium vocauerimus *§. 2. I. de curat.* vbi, inuitis adolescentibus non dari curatores, praeterquam in litem, docemur. Neque seiunctam esse ab hac thesi *Papiniani* sententiam, discimus ex *l. 13. §. 2. D. de tut. et cur. dat.* vbi, minoribus annorum desiderantibus curatores dari solere, stricte obseruat. In primis vero ad hunc locum facit, quod ex *Modestini L. VII. different.* affertur in *l. 2. §. 4. 5. D. qui petant tut.* cuius verba haec sunt: *curatores minores sibi ipsis petent, siquidem adfuerint, per se ipsos: si autem abfuerit aliquis eorum, petet per procuratorem. An autem alius petere curatorem possit minori, quaesitum est: et Vlpianus egregius ita scribit, non licere alium ei petere, sed ipsum sibi ipsi.* Ex quibus probabili argumentatione non perperam concludi posset, conuenientissimam contra curatores mandati esse actionem, quae nititur obligatione, ex mandato, alterius negotia gratis expediendi, proueniente. Tanta enim inter curatorem et procuratorem intercedit conuenientia, quantam vix alibi obseruaueris, quae et in caussa fuisse videtur, vt eorum nomina saepius confundantur, ac promiscue adhibeantur in iure; quod docte et eleganter persecutus est *Bynckersh. in obs. L. II. c. 20.* Certe curator desideranti datur, datur, vt negotia aliena gerat, nec vllum ipsi

tribui-

tribuitur laboris praemium *l.33.§.3.D.de adm.et peric.tut.vel cur.* Sed inquiramus paulo attentius in naturam et indolem curatorum et procuratorum, et videbimus differentiam tanti quidem ponderis veteribus visam, vt actionis mandati hic ne rationem quidem habendam esse, arbitrati sint. Quamuis enim expeditae sit veritatis, ex lege Laetoria curatores adolescentibus datos non fuisse, nisi petentibus, caussasque allegantibus, imo etiam in institutionibus, pandectis et codice doceatur, inuitos adolescentes curatores non accepisse: obesse tamen poterit, quod impedire nullo modo valuerunt minores, ne bona sua alieno arbitrio subiicerentur. Elegantissime enim ostendit *Heineccius, Vir Clar.* eam fuisse *Antonini*, Imperatoris, humanitatem, vt, quum omnibus adolescentibus curatores dari praeceperit, noluerit tamen videri, eos obtrusisse puberibus, quasi furiosis, aut rem suam male dissipantibus. Constituit igitur, vt ipsi peterent. Vt vero peterent, non solum a tutoribus admonendi fuerunt, quae *Vlpiani* sententia est *l.5. §. 5.D. de adm. et peric. tut.* sed hac etiam ratione adacti sunt, quod rerum suarum administrationem non prius reciperent *l. 1. §. vlt. D. de min.* nec tutores ante a munere suo recederent *l.33. §. 1.D.de adm. et peric. tut.* quam constitutis curatoribus. Mandatum autem quum liberi arbitrii sit, nec quisquam cogi possit, vt alteri negotia sua concredat: actio mandati ea habita non est, quae consentanea videretur negotio curationis, dum haec non a minoris voluntate, sed magistratus auctoritate et legum sanctione pendeat. Nec vero induci quis se patiatur noua similitudinis ratione, quam supra non attigimus. Suppeditant eam *l. 6. §.2. l. 22. §. 10. et l.53. D. mandati*, vtpote quibus statutum reperimus, mandati formulae etiam tum esse locum, si quis praesens negotium suum geri passus est, nec

contra-

contradixit. Videri enim poſſit, etiam minorem taciturnitate ſua declarare aſſenſum, vt curator, a magiſtratu conſtitutus, rerum ſuarum in ſe ſuſcipiat curam. At enim vero perſpicuum eſt, tunc demum mandati obligationem oriri, quum is tacuit, qui contrariam voluntatem libere poterat declarare. In minoris autem arbitrio, vtrum curatorem accipere velit, nec ne, non eſt poſitum.

§. XVI.

Nunc igitur ſolliciti ſimus de eo, quo modo negotiorum geſtorum actio, quum neque tutelae, neque mandati formulam veteribus arriſiſſe, ſit demonſtratum, ad curationis cauſſam proxime accedat. Haec quemadmodum alias in ſubſidium adhiberi ſolet, ſi quis, quod ſibi debetur, alia actione, v. g. familiae herciſcundae, communi diuidundo, obtinere nequit; quod ex iis, quae *Vinnius Quaeſt. Sel. L. I. c. 37.* annotauit, intelligitur: ita et hic accommodanda fuit, quum inuenienda eſſet actio, qua curator et minor, cuius cura geſta eſt, inter ſe inuicem experirentur. Non opus eſt magno demonſtrandi labore, quaenam ſimilitudo inter curationem negotiorumque geſtionem intercedat. Eſt enim in promtu, hunc dici negotiorum geſtorem, qui ad alienas res adminiſtrandas ſine mandato domini acceſſit, curatorem autem, qui iuſſu magiſtratus quidem, ſed minoris tamen nolentis volentis patrimonio praefectus eſt. Qui vero ſemel alterius negotiis ſeſe immiſcuit, ita in adminiſtratione verſari debet, vt exacti et diligentis patris familias muneri ſatisfaciat, nec quicquam committat, omittatue dolo vel culpa, quod detrimento ſit rei familiari illius, cuius negotium geritur. Sed ea ipſa ſollicitudine etiam obſtringi curatorem, ſupra iam, vbi tutorem et curatorem inter ſe inuicem comparauimus, annotatum eſt. Atque etiam, quum iuris ratio non patiatur, vt is, qui alienae

vtilitatis caussa ad negotia accessit, suis ipsius commodis inseruiat, prohibetur negotiorum gestor, quo minus pecuniam, ad alterum pertinentem, in suos vsus conuertat, adiecta graui comminatione, vt, si secus faciat, in vsuras centesimas condemnandus sit, *l. 38. D. de N. G.* Consimili ratione olim placuisse curatoris nomine, *l. 1. C. de vsur. pupill.* demonstrat. Denique ad rationes reddendas, et ad omne id, quod vel ex ipso negotio apud se est, vel occasione eius acquisitum fuit, itemque ad damna resarcienda tenetur negotiorum gestor. *l. 8. §. 1. et l. 23. D. de N. G.* Ea autem non secus curatorum inesse obligationi, iam ante monuimus. Supersedemus igitur vlteriore harum rerum disquisitione.

§. XVII.

Ad has, quas recensuimus, similitudinis rationes accedit etiam aliud argumentum, quo moti ICti, actionem negotiorum gestorum ad curationem maxime idoneam declarauere. Quum enim eo ventum esset, vt pleraque de tutoribus disposita, curatoribus iniungere placeret, neque tamen auderent legum periti, ipsam tutelae actionem extendere ad curam; quod eam, vt ex iis, quae antea declarauimus, apparet, ad impuberes et tutores eorum vnice spectare existimabant: ex illis in primis eligendam putarunt actionem, cui maxime cum tutelae iudicio conueniret, quaeque id in primis commodi haberet, vt, cuius negotium gestum esset, nihil referret. In actione autem negotiorum gestorum non attendi, puberis an impuberis, maioris an minoris, negotium sit administratum, ex inspectione *l. 2. C. de N. G.* planum est. Praeterea tum negotiorum gestorum, tum tutelae actionis consensio, tanto esse debet insignior, quanto similior est tutoris negotiorumque gestoris obligatio, quam in superioribus descripsimus. Huius autem rei veritas effici adhuc melius poterit, si diligentius perspiciamus, quae tutelae negotiorumque gestorum

actio-

actionum natura sit. Perspicuum autem est, ambas esse actiones personales, quippe ex quasi contractibus ortas. Vtraque enim ex facto administrationis rerum, ad alium spectantium, pendet. Inde vero quum duplex actio descendat, nimirum vel ex principali obligatione, vel ex accidente profecta, altera directa dicitur, contrariae nomine altera venit. Directa datur illi, cuius res sunt administratae, eiusue heredibus aduersus administratorem, eiusque successores vniuersales. Contraria vero datur illi, qui administrationi rerum alterius praefuit, eiusque heredibus, aduersus negotiorum dominum eiusque heredes. Quod si demum quaerimus, ad quid in vtraque agatur, tantam inter ambas conuenientiam obseruamus, quantam inter alias duas vix reperire licet. Tutelae enim actio, quis nescit, ad rationes in primis reddendas, residuum restituendum, et ad damna data resarcienda datur. Ad ea etiam omnia in negotiorum iudicio agitur. Et, quia vtraque est bonae fidei, ambae competunt ad omne illud, quod ex bona fide dari, praestari, fieri oportet. Denique quum vtraque sit rei persecutoria, post longissimum demum temporis spatium exspirat. Quia vero etiam singularia quaedam habuit actio tutelae, quae proprie ad negotiorum gestorum iudicium non pertinuerunt, illa curae nomine ad actionem negotiorum gestorum accommodarunt ICti. Ab aequitate enim alienum esse existimarunt, deteriorem esse conditionem minorum, qui curatorum vterentur auxilio, quam pupillorum, in tutorum potestate constitutorum. Constat, eum, qui in actione ex contractu vel quasi contractu damnatus est, licet vel maxime doli reus habeatur, non fieri infamem, si exceperis actionem tutelae, mandati, depositi, pro socio; quod *l. 1. D. de his qui not. inf.* docemur. Illi igitur, qui maligne versatus est in negotiorum gestione, quamlibet conuicto, infamia non irrogatur. Aliter autem

ſeſe res habet, vbi actio negotiorum geſtorum inſtituta eſt contra curatorem fraudis reum; vt oſtendit *Fabrottus in notis ad paratitla Cuiacii oper. prior. T. I. p. 864.* Porro quemadmodum competiit olim pupillo perſonale priuilegium intuitu actionis tutelae, ita et minori intuitu actionis negotiorum geſtorum idem fuit tributum *l. 19. 20. 21. D. de reb. auct. iud. poſſid.* Neque in eo quid de minorum commodis detractum eſſe perſpicimus, quod aeque ac pupillis conſtituta ipſis fuit tacita in bonis curatorum hypotheca *l. 20. C. de adm. tut. vel cur.*

§. XVIII.

Quamuis autem ex iis, quae diſputauimus, conſequens eſſe videatur, curationi apprime conuenire negotiorum geſtorum actionem: ſeſe tamen nobis offerunt difficultates non minimi certe momenti. Prius igitur, quam properemus ad diſquiſitionis huius terminum, dubia, quae exoriri poſſe, mente praecipimus, diſcutienda putamus. Namque non ſolum ex antiquis auctoribus, ſed etiam ex ICtorum in primis commentariis, intelligimus, eum proprie negotiorum geſtorem dici, qui ſponte et nulla neceſſitate coactus, ad negotium alienum acceſſit. Aſſeuerat illud *Tullius* in *Bruto c. 4.* dum voluntarii procuratoris mentionem iniicit. Hunc vero *Paulus ICtus ſentent. L. I. T. 10. §. 3.* dicit eſſe talem, qui ſe alienis negotiis ſponte vltroque offert. Neque alio ſpectant verba eiusdem *Pauli L. LX. ad edictum*, cuius fragmentum extat in *l. 23. D. de reb. auct. iud. poſſid.* vbi de negotio pupilli ex officio amicitiae geſto meminit. Curatorem vero, iam ſupra diximus, inuitum nolentemque ad hoc publicum munus adigi. Ex quo non dubio argumento effici poſſet, inſignem hanc diſcrepantiam habere quid ponderis ad labefactandam ſententiam noſtram. Accedunt *Diocletianus et Maximianus l. 20. C. de N. G.* in hunc modum reſcribentes:

Tutori

Tutori vel curatori ſimilis non habetur, qui citra mandatum negotium alienum ſponte gerit, quippe ſuperioribus quidem neceſſitas muneris, adminiſtrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac ſatis abundeque ſufficit, ſi cui vel in paucis amici labore conſulatur. At enim vero quamuis huius differentiae rationem, quod ad culpam ſpectat, a tutore et curatore, aeque ac negotiorum geſtore praeſtandam, habendam eſſe putauerint ICti: tanti tamen eam non fecerunt, vt ideo, ad curationem actionem negotiorum idoneam eſſe, negarent. Auctor eſt hoc loco ſatis locuples *Vlpianus l. 3. §. 10. D. de N. G.* cuius haec verba ſunt: *hac* (ſcilicet negotiorum geſtorum) *actione tenetur non ſolum is, qui ſponte, et nulla neceſſitate cogente, immiſcuit ſe negotiis alienis, et ea geſſit: verum et is, qui aliqua neceſſitate vrgente, vel neceſſitatis ſuſpicione geſſit.* Quod non in curatione tantum, ſed etiam aliis in cauſſis obtinuiſſe, ex *l. 6. §. 5. D. eod.* apparet. Ibi enim *Iulianus* ait: *Si quis, quaſi ſeruus meus, negotium meum iuſſerit, quum eſſet vel libertus, vel ingenuus, dabitur negotiorum geſtorum actio.* Cuius legis ea ſententia eſt. Putauit aliquis, eſſe ſe alterius dominio addictum, quum eſſet liber, falſaque hac opinione ductus, illius, quem herum ſuum credebat, negotia geſſit. Inde dubitabatur, num actio competeret negotiorum geſtorum, quod non vltro, ſed ſuſpicione neceſſitatis et ſeruilis conditionis ad alterius negotia acceſſerat. Nihilo vero minus, negotiorum geſtorum formulam accommodandam eſſe, ſtatuerunt legum interpretes. Eandem igitur actionem ad curationem non potuerunt non applicare. Quum tamen legis verbis ea, quae curationis erant, non omni ex parte conuenirent, non directae, ſed vtili tan-

tum actioni locum fecerunt. Ita diserte sanciuerunt *Diocletianus et Maximianus l. 7. C. arbitr. tut.* pronuntiantes: *quicquid tutoris dolo vel lata culpa aut leui, seu curatoris minores amiserint, vel quum possent, non acquisierint, hoc in tutelae, seu* ***negotiorum gestorum vtile iudicium*** *venire, non est incerti iuris.* Sed noua emergit ad fallendum comparata dubitatio. Quum enim magigistratus vi muneris, ob quod suprema quaedam et vniuersalis tutela curaue pupillorum et minorum ipsi incumbit, constituat curatores, commodum vtique videri posset, conuenire potius magistratum, aut actione cessa vti. At noluerunt legis latores, magistratum tot litium molestiis affici, sed eum tantum in subsidium teneri, sanxerunt. Et quum alias etiam nihil noui aut inusitati fuerit, dari actionem negotiorum gestorum contra negotiorum dominum, licet alterius tertii cuiusdam mandato ad negotiorum alienorum administrationem quis venerit; quod ex *l. 22. §. 10. D. mand.* et *l. 4. C. de N. G.* liquet, neque hac dubitandi ratione se impediri passi sunt ICti, quo minus actionem negotiorum in curationis caussa adhiberent, in primis quum nec in tutelae actione quicquam momenti in hac dubitandi ratione posuerint.

§. XIX.

Quo vero de iis, quae hactenus de negotiorum gestorum actione ad curam producta perspicue satis, opinor, disputauimus, clarissime constare possit, prouocamus ad fidem auctoritatemque testium omni exceptione maiorum. E quibus primum nominare iuuat *Seuerum* et *Antoninum AA.* in *l. 1. C. quod cum eo qui in al. pot.* Aelio cuidam ita rescribentes: *quum filius familias tutor* ***aut curator*** *datur, pater tutelae,* ***vel negotiorum gestorum iudicio*** *de*

de peculio et de in rem verso conueniendus est. Quae quidem verba adeo sunt perspicua, vt aut egregie cauillandum sit, aut agnoscendum, vocem curatoris cohaerere cum actione negotiorum gestorum; quemadmodum tutoris appellatio cum actione tutelae est coniungenda. Id igitur sibi volunt Imperatores, patrem illius, qui tutelam impuberis administrauit, tutelae, curatoris vero parentem actione negotiorum gestorum esse conueniendum, vtrumque tamen non vltra id, quod vel in peculio est, vel in rem versum fuit, condemnari debere. Neque alia interpretamur ratione constitutionem *Diocletiani et Maximiani*, ex *l.7. C.arbitr.tut.* supra in medium prolatam. Quum enim quaereretur, vt ex rescripto apparet, quaenam culpa a tutore vel curatore, qui minori tum puberi, tum impuberi, vel committendo, vel omittendo, damnum inflixerit, praestanda esset: responsum fuit, tutorem actione tutelae, negotiorum gestorum autem iudicio curatorem ad damnum, dolo culpaue lata et leui datum, resarciendum compelli. Euidentia sunt haec magisque corroborantur *l. 17. C. de N. G.* vbi iisdem Imperatoribus auctoribus, ita dispositum esse inuenimus: *curatoris etiam successores, negotiorum gestorum vtili conuentos actione, tam dolum quam latam culpam praestare debere, nec ad eos officium administrationis transire, ideoque nullam alienandi eos res adultae potestatem habere, conuenit.* Perspicitur ex hac constitutione, etiam curatoris heredes actione negotiorum gestorum teneri. Certumque inde argumentum desumi potest, non aliam contra ipsos curatores competere, quod heredes, vtpote iuris successores, non facile alia, quam is, cui successerunt, actione conueniri solent, quod *l. 49. D. de O. et A. et l. 2. §. 2. de V.O.* confirmamus. Neque ab instituto nostro aliena existimari posset *l. 6. C. de N.G.* Quum vero hanc non de curatore, sed eo, qui

qui pro curatore minoris negotiis sese ingessit, agere, opponi posset, id, quod ex hac constitutione petituri eramus, argumentum non latius persequemur, sed adiungemus potius sententiae nostrae nouum pondus ex assensu *Vlpiani*, ICti. Is vero in *l.5. §.6. D.de adm. et peric. tut.* his vtitur verbis: *Post completum vicesimum quintum aetatis annum, si nondum rationes redditae sunt, nec ad caussam instrumenta pertinentia: fidei ac verecundiae curatorum conuenit, vt consilio suo coeptam litem perficiant. Si igitur cessent in his, quae constituta sunt, faciendis: magis puto sufficere* **negotiorum gestorum iudicium**, *etiam si actum est: si tamen huius rei ratio reddita non est.* Qua lege haec facti species habetur. Curator adolescentis, durante munere, nomine minoris litem mouit, finita vero per aetatem legitimam curatione, et rationibus ceteroquin bene redditis, hanc litem intactam reliquit, neque instrumenta, ad caussam facientia, restituit. Inde igitur quaestio orta est, an, et quo praesertim remedio, curator, rebus ita sese habentibus, adigi possit ad litem, suo consilio coeptam, perficiendam. Quum vero actione negotiorum gestorum neminem ad gerendum cogi posse constaret, de ea hic applicanda prope dubitabatur, praesertim cura iam finita, rationibusque redditis. Sed placuit nihilominus eam adhibere, forte, quum illud negotium cum curatoris officio cohaerere viderent. Factumque hoc exemplo tutorum esse, opinor, qui etiam tum tutelae conueniebantur, si pupillum non admonuissent, vt, finita tutela, curatorem sibi peterent, idque propterea pronuntiatum dicitur in *d. l.5. §.5.* quod id coniunctum tutelae officio videatur. Haec vero si obscuriora putentur, iterum in consilium vocamus *Vlpianum*, verborum suorum optimum interpretem, alio loco, et quidem in fine *l. 13. D. de tut. et rat. distrah.* ita disserentem: *si quis, quum tutelam admini-*

straffet,

ſtraſſet, idem curator adoleſcenti fuerit datus, dicendum eſt, negotiorum geſtorum eum conueniri poſſe. Quae verba tantum lucis affundunt iis, quae antea oſtendimus, vt pluribus ad confirmandam ſententiam opus non eſſe videatur.

§. XX.

Hac vero ſententia ſatis ſuperque conſtabilita, iisque, quae huc in primis pertinent, materiis, qualis nimirum ſit administratae curae vtilis actio, cui detur, aduerſus quem competat, ſupra pertractatis, ſupereſſe videtur, vt exquiramus, quonam tempore illa rite inſtitui poſſit. De actione tutelae expediti iuris eſt, illi locum non eſſe, durante tutela, vt *Vlpiano* plane alienum videatur, exigi a tutore rationem adminiſtrationis negotiorum pupilli, in qua adhuc perſeueret *l. 9. §. 4. D. de tut. et rat. diſtr.* Sed magis ardua, pluribusque difficultatibus obſepta quaeſtio eſt, ecquando curationis cauſſa inſtituatur actio; quod eius diſceptationem admodum dubiam reddunt veterum ſententiae, in magna verſantium varietate. *Seueri et Antonini, Imperatorum*, reſcripto, quod extat in *l. 2. C. de adm. tut. vel cur.* edocemur, hoc iudicium locum non inueniſſe intra adminiſtrationis tempus. *Philippi Impp. in l. 14. C. eod.* idem placitum tuentur. Contraria vero ex parte *Paulus et Vlpianus l. 26. D. de adm. et peric. tut.* et *l. 16. §. 1. D. de tutel. et rat. diſtrah.* etiam manente adminiſtratione, agi poſſe contra curatores, contendunt. Praeterea *Vlpianus l. 1. §. 3. D. de contr. tut.* contrariam etiam curationis cauſſa actionem ſtatim inſtitui poſſe, opinatur, quia et curator ſine mora directa actione conueniri poſſit. Hoc vero alicui in primis mirum videri poſſet, quod idem *Vlpianus l. 19. D. de adm. et peric. tut.* ſibi ipſi contrarius, negat, compelli curatorem poſſe, vt rationes curationis reddat, quam adhuc gerit; quamuis, ſicubi curam non ex fide adminiſtret, ſuſpectus poſtulari poſſit.

Vt igitur his difficultatibus obuiam eamus, negotiorum gestorum actionem duplicis generis esse, monemus, generalem et specialem, illamque ideo non solum de pluribus negotiis, sed etiam de vnico adhiberi posse. Patet hoc ex *Vlpiani* verbis in *l.3. §. 2. D.de N. G.* quibus ait: *negotia*, quorum scilicet in edicto praetoris de negotiorum gestione fit mentio, *sic accipe, siue vnum, siue plura.* Quod si igitur in legibus supra nominatis dicitur, cum curatore, etiam nondum finita tutela, agi posse: neutiquam est existimandum, intelligi actionem negotiorum gestorum generalem, ad rationes vniuersae administrationis reddendas, residuum restituendum, et reliqua, quae hac actione petuntur, praestanda competentem. Respicitur potius ad actionem negotiorum gestorum specialem, de negotio singulari institutam, verbi caussa, vt damnum, dolo vel culpa intuitu rei alicuius datum, resarciatur, quod neruose docuit *Cuiacius ad tit. C. arbitr. tut.* Longe vero alia ratio est tutelae actionis, vtpote quae generalis saltem est, teste *Paulo l.38. D.pro soc.* adeoque, quum de singulis negotiis institui non possit, nonnisi finita tutela, locum habet.

§. XXI.

Si vero, vt exposuimus, sola negotiorum gestorum actio illa est, qua de mutuis tutorem inter et curatorem praestationibus agitur, non seiunctum erit a re proposita, illam, quam affert *l.3. C. arbitr. tut.* dubitationem, quoad eius fieri potest, expedire. Monuimus iam supra, eam ipsam actionem, quae alias negotiorum gestorum dicitur, in dicta lege tutelae appellari, eaque minorem contra curatorem experiri posse, ab *Antonino Caracalla* fuisse rescriptum. Quod quum communi sententiae non conuenire videret auctor Graecus, qui istam constitutionem in suam linguam conuertit, ac Basilicorum libris inseruit: eam interpolauit, non

non multum referre putans, si adderet, curatorem, cuius sit mentio in *d. l.* impuberi fuisse datum; quum tamen in Iustinianeo Codice curatoris tantum mentio fiat, sine adiectione, puberine an impuberi fuerit datus. Sed quam irrito id fecerit conatu, ex iis, quae iam ante disseruimus, colligi poterit. Quanquam enim non defuerint, qui tutelae actionem hoc casu accommodandam esse vellent, contrariam tamen sententiam, qua etiam impuberi contra curatorem negotiorum gestorum actio tribuitur, praeualuisse, ex *l. 1. §. 7. D. de eo qui pro tut.* iam supra est ostensum. *Cuiacius* quum dubius ancepsque haereret de concilianda hac lege, illi imperfectae constitutionis vitium inesse arbitratus est. Aliam atque ab hac longe diuersissimam ingreditur viam *Huberus in digress. P. II. L. I. c. 18.*, vtrique actioni, tum tutelae, tum negotiorum gestorum locum esse, pro re nata, ratus. Namque quum tutelae directa actio non nisi finita tutoris administratione competat, etiam vtilem curationis caussa, exacto demum munere, institui posse censet; vtpote quae sit generalis, et vniuersam administrationem attingat, negotiorum vero gestorum vtilem, quum singulis etiam negotiis applicetur, manente administratione, dari arbitratur. Quam nos sententiam huic legi conciliandae conuenientissimam lubentes probaremus, nisi quaedam hanc etiam opinionem difficultates premerent, ab *Hubero* nondum remotae. Ex *l.* enim *17. C. de N. G.* compertum habemus, actionem negotiorum gestorum adhiberi contra curatoris successores, nempe vniuersales, seu heredes, quamuis in promtu sit, in eos non transferri curatoris officium. Quis vero, curatore defuncto, adeoque finito eius munere ad rationes, totius administrationis reddendas generali actione opus esse, dubitet? Hac enim conueniendi sunt curatoris heredes, qui in ius et obligationem

defuncti successerunt, ad exemplum heredum tutoris, qui quidem, hoc ante redditas rationes mortuo, tutelae tenentur, vt ex *l. 60. D. de adm. et peric. tut.* apparet. Quae quum ita se habeant, consequens est, negotiorum gestorum actionem, cuius iniicitur mentio in *d. l. 17.*, non esse specialem, sed generalem, de omnibus rebus, ad rationem curae pertinentibus, instituendam. His autem praefultis, tuto sane colligi potest, quod iam supra attigimus, eandem actionem contra curatorem finito officio competere, quum, aliam actionem contra heredes dari, aliam cum ipso esse, qui ex contractu vel quasi contractu est obligatus, nullibi obseruemus. At labefactata *Huberi* sententia, qui tandem *Antoninum* auctorem *l. 3. C. arbitr. tut.* cum aliis in concordiam restituere, eiusque opinioni subuenire possimus, forsan quaeritur? Ne autem illud solenne veteribus, *non liquet*, afferamus: placet, quod supra iam monuimus, inesse forte excitatae legi vestigium quoddam veteris contentionis, qua ICti de actione, curationis nomine danda, inter se disceptarunt. Cui vero opinioni si quis accedere vereatur, ac potius festinantis atque occupati hominis imprudentia vel oscitantia, quam in aliis locis notauit *Gerard Noodt Probab. L. I. c. 9. 10. 11.* aliud cogitatum decretumque, aliud scriptum esse arbitretur, non valde refragabimur, praesertim quum ex hac leui verborum discrepantia diuersitas iuris non enascatur, vtraque actione et tutelae et negotiorum gestorum vtili ad idem competente. Atque haec vtriusque formulae conuenientia permouit *Noodtium*, perspicacissimum ICtum, vt actionem negotiorum gestorum vtilem per abusum tutelae vocari, sicubi curae applicetur, *ad tit. D. de tut. et rat. distrah.* existimauerit.

§. XXII.

Nunc quum ad finem dissertationis accedamus, iamque difficultates, quibuscum, intuitu actionis, curationi minorum

norum accommodandae, confliĉtandum fuit, quantum potuimus, e medio ſuſtulerimus: ſupereſt, vt aequum amici lectoris iudicium exoptemus. Qua beneuolentiae ſpe freti, manum de tabula tolleremus, niſi ob cognationem argumenti e re putaremus, ſubtexere pauca de reliquis curatoribus, et actione iis tribuenda. Conſtituuntur enim curatores non ſolum minoribus, ſed etiam furioſis, prodigis, bonis abſentium, itemque obaeratorum debitorum, et denique heredum, in vtero exiſtentium. Quod ad furioſorum curatores, elegans habetur locus in *l. 4. §. 3. D. de tut. et rat. diſtr.* quem ſupra §. XIV. in medium produximus. Ex eius verbis, nulla plane explicatione indigentibus, dilucide apparet, non tutelae, ſed negotiorum geſtorum vtili actione experiundum eſſe contra furioſi curatorem; idque conuenienter iis, quae antea copioſius perſecuti ſumus, aſſeuerantes, tutelam, atque actionem ex ea profectam, ad impuberum aetatem prudentum interpretatione fuiſſe reſtrictam. Quoquo autem modo haec ſeſe habent, ſeiungendam tamen ab hac opinione ſententiam ſuam, ratus eſt *Huberus* in *digreſſ.* loco iam ſupra nominato, legis ſenſum ita detorquens, vt directam quidem tutelae non dari, ingenue fateatur, vtilem, tamen non denegari, affirmet. Cui ſententiae vt aliorum ſtudium conciliet, particulam *non* ita interpretatur, ac ſi *non tantum* ſcriptum fuiſſet, fultus in primis *Briſſonii* auctoritate, in libro *de verborum ſignificatione*, occaſione vocis *non*, idem docentis. Quae quidem rara et non ſaepius occurrens particulae notio, an pro lubitu, nullo argumento id ſuadente, ſupponi poſſit, aliorum eſto iudicium. Nec vero intelligere poſſum, quid de *Cuiacii* opinione ſtatuendum ſit, qui in *comment. ad tit. C. arbitr. tut.* exiſtimat, Paulum, dum in *l. 4. §. 3.* ait, negotiorum geſtorum cum curatore agi poſſe, etiam dum negotia gerat, nullam ſententiae ſuae attuliſſe rationem, praeter

ter eam, quod non idem in hac actione, quod in tutelae iudicio, sit constitutum: posse igitur hanc legem in exemplum adduci ad constabiliendam *l. 20. D. de LL.* vbi *Iulianus* ait: *non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.* Quum vero Paulus in fine adiecerit verba: *dum impubes est is, cuius tutela geritur*, aut plane fallor, aut ICtus his verbis rationem omnibus numeris absolutam, ipsique *Cuiacio* probatam, protulit. Existimauit nempe, potestatem ac vim, quam tutores in caput pupilli habent, obesse, quo minus tutelae actio, durante tutela, nasci possit, atque etiam, si vel maxime aliae actiones, quarum mentio fit in *l. 9. §. vlt. D. de tut. et rat. distrab.* nascantur, eas institui tamen non posse, quamdiu impubes est is, cuius tutelam gerit tutor, sed aliud obtinere intuitu furiosi, curatorem habentis. Quum enim dementi, qua dementi, talis non detur, quamdiu vel impubes est, vel minor *l. 3. pr. et §. 1. D. de tutel.* sed tum demum, vbi per aetatem alii non subiectus est: satis, mea sententia, perspicuum est, furiosum eadem vi ac potestate, cui puberes subesse solent, non teneri, adeoque nihil impedire, quo minus etiam durante cura, cum furiosi curatore agi possit. Quod secus est in tutore, dum impubes est is, cuius tutela geritur. Deinceps quum prodigis ad exemplum furiosorum constituantur curatores, quod *l. 1. D. de cur. fur.* comprobatur, non difficile est iudicatu, eadem, qua furiosorum curatores, illos conueniendos esse actione. Nec porro quid dubitationis habet, eandem fuisse, qui absentibus dabantur, curatorum conditionem. Quum enim his aeque ac furiosis darentur curatores ignorantibus, quod publice interesset, ne eorum, qui apud hostes erant, aut alibi, necessitate coacti, morabantur, bona perirent, quod *l. 6. §. fin. D. de tut.* affirmatur: nulla quidem actio tutius adhiberi poterat, ea, quae ex negotiorum gestione descendit. Eadem actione experiuntur cre-

ditores etiam contra bonorum debitoris obaerati curatores, si qui, ignorantibus illis, administrationi praefecti sunt. Ne multa hoc corroborantia perperam in medium afferam, argumenti loco vtar *Pauli* verbis, quae extant in *l. 22. §. 10. D. mand.* *Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non soluerit: Trebatius, Ofilius, Labeo responderunt, his, qui praesentes fuerunt, competere aduersus eum, mandati actionem:* ***his autem, qui absentes fuerunt, negotiorum gestorum actionem esse.*** *At quid si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est, nisi forte aduersus eos, qui mandauerunt curatori, tanquam si negotia absentium gesserint. Quodsi, quum soli creditores se esse existimarent, id mandauerint, in factum actio absentibus danda est in eos, qui mandauerunt.* Denique ad curatores ventris progrediendum est, qui et ipsi actione negotiorum gestorum tenentur, docente *Callistrato l. 29. D. de N. G.* quo cum tamen non conuenire videtur *Paulus, l. 24. D. de tut. et rat. distr.* qui *posthumo*, ait, '*tutor datus, non nato posthumo, neque tutelae, quia nullus pupillus est, neque pro tutore, quia nulla significatio est, neque negotiorum gestorum iudicio tenetur: quia administrasse negotia eius, quia natus non esset, non videtur, et ideo in eum vtilis actio dabitur.* Non est tamen, vt moram nobis, ad finem properantibus, a *Paulo* iniectam esse existimemus. Vtilis enim, quam tribuit, negata tutelae, pro tutelae, itemque negotiorum gestorum directa actione, nulla alia est, quam negotiorum gestorum vtilis, directa ex duplici capite cessante, quum non solum necessitate coactus ad administrationem accesserit curator, sed etiam non existat, cuius negotium gestum esse dici queat. Quodsi tamen, cum *Antonio*

Fabro

Fabro in rational. ad h. l. et *Bachouio in πρώτοις*, haec non sufficere arbitreris, et nihilominus ex dictis legibus dissensum aliquem *Paulum* inter et reliquos ICtos elicias, non valde aduersabimur. Forsan tamen Paulus ius strictum, reliqui aequitatem secuti sunt, quod non raro accidisse, et leuioris momenti dissonantiae ansam praebuisse, *Ger. Noodtius* obseruauit *probab. L. I. c. 23.* Ceterum quum negotiorum gestorum actionem cum ventris curatore esse dixerimus, id tunc tantum obtinere, adiiciamus oportet, quando non natus fuit posthumus. Hoc enim nato, actioni tutelae locus est, in quam, *Callistrato d. l. 29.* monente, non solum id venit, quod post partum, in lucem productum, gestum est, sed et, quod ante fuit actum, eadem ratione, qua non nunquam tutelae actionem in negotiorum gestorum iudicium deuolui, *Vlpianus l. 13. D. de tut. et rat. distr.* demonstrauit.